

rappresentata e difesa per mandato a margine
del ricorso dall'avv. (omissis)

CONTRO

**Fallimento G. V. srl, in persona del Curatore,
dr.(omissis)**

domiciliato presso il Curatore in (omissis)

- Opposto -

rappresentato e difeso (omissis)
OGGETTO: ~~opposizione allo stato passivo~~
CONCLUSIONI
Dell'opponente:

ammettere la Banca la passivo per € 30.007,90
in chirografo e per € 589.337,05 in privilegio
ipotecario, oltre interessi moratori collocati ai
sensi dell'art. 2855 c.c. e spese dell'esecuzione
forzata, residui interessi moratori in chirografo;
spese rifuse;

dell'opposto:

in via principale, **rigettare** l'opposizione; in
via riconvenzionale, **revocare** l'ipoteca iscritta il
22.11.2002 ex art. 2901 c.c.; in via istruttoria,

come da memoria ex art. 183, co. 6, n. 2, in data 16.4.2007; **spese** rifuse.

FATTI RILEVANTI E MOTIVI DELLA DECISIONE

Con ricorso depositato il 6 luglio 2006 e notificato il 27 luglio 2006, la Banca X. spa esponeva di essere creditrice della società fallita per scoperto di conto corrente e per mutuo fondiario con garanzia ipotecaria, che aveva perciò insinuato al passivo; di essere stata ammessa, per il credito da c/c, senza la quota di interessi anatocistici, e, per il credito fondiario, senza il privilegio ipotecario; che, invece, gli interessi anatocistici erano caratterizzati da reciprocità e l'ipoteca si era ormai consolidata.

Si costituiva il Fallimento, chiedendo il rigetto dell'opposizione e la revoca dell'ipoteca.

La causa era istruita documentalmente e con ctu, e, precisate le conclusioni il 25.2.2010, veniva in tale udienza rimessa al Collegio per la decisione, con termine fino al 26.4.2010 per il deposito delle comparse conclusionali e fino al 17.5.2010 per le repliche eventuali.

Sugli interessi anatocistici.

La questione deve intendersi superata con la ordinanza della Corte Costituzionale (n. 254/2008, in *G.U.* n. 29 del 9.7.2008, in risposta a Trib. Vicenza, ord. 25 ottobre 2007, *Foro it.* 2008, I, 2100), che ha implicitamente ritenuto la legittima la clausola di reciprocità in materia di anatocismo bancario, per cui il credito dell'opponente va

ammesso al passivo in chirografo anche per la quota di interessi anatocistici esclusi dal C.D.

Va pertanto ammessa al passivo chirografario la ulteriore somma di € 2.196,94, quale differenza tra il credito vantato per lo scoperto del c/c, e quello ammesso.

Sulla revoca dell'ipoteca.

La Banca assume che l'ipoteca sarebbe ormai irrevocabile, in quanto il credito è stato ammesso al passivo in chirografo e, quindi, l'accessorietà della garanzia preclude l'autonoma revoca della stessa; cita in proposito Cass. n. 23669/2006.

Si ritiene, tuttavia, che sia possibile la revoca autonoma della garanzia, atteso che essa viene costituita con contratto causalmente diverso da quello di erogazione del mutuo, ed infatti il

mutuo può essere anche stipulato senza garanzia, così come la garanzia può essere costituita in un momento successivo, in via autonoma, a protezione di un mutuo già erogato, sicché non va confusa la (eventuale) contestualità dei due contratti con la loro diversità causale, che li rende autonomi anche ai fini della revocatoria.

Se si considera che l'operazione di mutuo, con la contestuale effettiva concessione di ipoteca, è un negozio indiretto che ha per scopo ulteriore non tanto l'estinzione di una passività preesistente

(pagamento anomalo), quanto la sua trasformazione in debito privilegiato, si giunge alla conclusione: a) che non è necessario l'accertamento in via prodromica della simulazione del mutuo (nel caso del mutuo ritenuto simulato); b) che il debito - sostanzialmente - è rimasto il medesimo, in quanto la sua estinzione è soltanto apparente; c) che l'ipoteca è stata concessa in realtà per un debito preesistente e, quindi, può essere revocata con gli ordinari strumenti, ivi compreso l'art. 2901 c.c., non avendo le caratteristiche della fondiarietà (cfr. Cass. n. 20622/2007); d) che l'ammissione al

passivo del credito va fatta in chirografo; e) che la Banca non deve restituire nulla alla massa, perché nulla ha tolto agli altri creditori.

Invero, la fondiarietà della garanzia va esclusa non solo per la mancanza del requisito della contestualità (essendo stata utilizzata per garantire un debito già esistente), ma anche per il

mancato rispetto del tetto che deve avere l'importo finanziato rispetto al valore dell'immobile dato in garanzia (80%, secondo le istruzioni della Banca d'Italia), atteso che il bene è stato stimato in

sede fallimentare poco meno di € 750.000,00, al lordo delle decurtazioni di prassi ai fini della vendita (ma, al netto delle stesse, poco oltre gli € 600.000,00), con accertamento che deve reputarsi attendibile, perché finalizzato alla liquidazione dell'attivo in funzione della miglior soddisfazione della massa dei creditori (cfr. doc. 15 del Fall.).

Per considerare il mutuo come effettivamente voluto, e non simulato, non è di ostacolo il fatto che non vi sia stata (eventualmente) una materiale *datio*, poiché il denaro, nelle operazioni bancarie, ha una valenza soltanto contabile, e basta allo

scopo la messa a disposizione in senso giuridico della somma mediante l'accreditamento in conto della stessa in favore del mutuatario (cfr. Cass. n. 12123/90).

La giurisprudenza ha affermato peraltro il principio per cui ogni volta che si assuma in concreto l'esistenza di un negozio indiretto (con

funzione solutoria o, come in questo caso, di costituzione di garanzia per debito preesistente), non occorre dimostrare anche l'operare di un meccanismo simulatorio, essendo sufficiente il

ricorso alla figura del negozio indiretto, in cui l'effetto ultimo, cioè la trasformazione del debito da chirografario a privilegiato (cfr. Cass. n. 2742/1994), è realizzato con un mezzo che ha finalità diverse (la concessione di un mutuo con una garanzia contestualmente creata), ma che è effettivamente voluto dalle parti per realizzare proprio quello scopo finale.

Nel senso di configurare il caso *de quo* come negozio indiretto e non come atto simulato sembra essere anche la giurisprudenza di legittimità, ove afferma che «*lo scopo di estinguere una pregressa*

passività come motivo ulteriore rispetto alla causa dei singoli negozi conferisce all'intera operazione costituita da negozi collegati carattere anormale e qualifica come tale anche l'atto finale, di estinzione del debito» (Cass. n. 17540/2003; Cass. n. 2237/2004)].

È stato precisato che l'erogazione di un mutuo fondiario ipotecario non destinato a creare una effettiva disponibilità nel mutuatario, che sia già debitore in virtù di un rapporto obbligatorio non assistito da garanzia reale, può astrattamente integrare le fattispecie del procedimento negoziale indiretto, della simulazione e della novazione, e che l'ammissione al passivo della somma mutuata è incompatibile solo con la simulazione e con la novazione, ma non con il negozio indiretto (Cass. n. 4069/2003).

Va riportata una pronuncia della Cassazione, per la quale ai fini della revocatoria, qualora venga stipulato un mutuo con la concessione di ipoteca al fine di garantire, attraverso l'acquisto dei titoli dati poi in pegno al mutuante, una precedente esposizione debitoria dello stesso

soggetto o di terzi, è configurabile tra i due negozi - mutuo ipotecario e costituzione di pegno - un collegamento funzionale, ed è individuabile il motivo illecito perseguito, che è rappresentato dalla costituzione di una ipoteca per debiti preesistenti non scaduti (Cass. n. 12/2004).

Pertanto, si deve ritenere che la concessione di un mutuo ipotecario, con finalità di estinzione di passività preesistenti, costituisca negozio indiretto, che dà luogo ad un pagamento anomalo.

Conseguenza di ciò è la revoca della garanzia, anche qualora essa venga costituita in parte con incidenza su un debito preesistente ed in parte in funzione di un debito contestualmente venuto in essere, attesa l'unicità della garanzia che la rende unitariamente non contestuale.

Va esclusa, invece, la revoca del pagamento anomalo, poiché scopo della operazione non fu tanto l'estinzione del debito preesistente, quanto la sua trasformazione (*ex latere creditoris*) da credito chirografario in credito privilegiato.

Sicché, reputandosi revocabile in via breve la sola garanzia ipotecaria, occorre ora accertarne i

presupposti, ex art. 2901 c.c., pur con la doverosa premessa che la Banca ne ha contestata l'esistenza soltanto con la seconda memoria ex art. 183, co. 6, c.p.c., avendo limitato le proprie doglianze nel ricorso alla irrevocabilità "delle sole garanzie costituite contestualmente alla erogazione del mutuo".

L'ipoteca è stata concessa in data 14.11.2002 a garanzia di un finanziamento di € 620.000,00, per la somma globale di € 1.200.000,00, quando già la società fallita risultava esposta verso la Banca per la somma di oltre € 250.000,00 (doc. 3 Fall.), sull'unico immobile di proprietà della società, che veniva perciò sottratto, in termini di generica garanzia patrimoniale, a tutti gli altri creditori, tuttora presenti nello stato passivo fallimentare, perché rimasti insoddisfatti (docc. nn. 8, 9, 10 e 13 Fall.).

Per quanto riguarda la *scientia fraudis* ed il *consilium fraudis*, essi si evincono:

- dall'importo per cui è stata iscritta la garanzia (€ 1.240.000,00), e dalla sovrastima data all'immobile in sede di istruttoria bancaria (€

1.232.059,31), tali da esaurire, già *per tabulas*, ogni possibilità di utilizzo residuo dello stesso in termini di garanzia patrimoniale a favore di altri creditori;

- dall'essere l'unico immobile della società;

- dalle normali acquisizioni istruttorie che

una Banca compie in sede di erogazione di garanzie,

operando secondo ordinari e presumibili canoni di diligenza, che dovrebbe la stessa Banca opponente oggi smentire;

- dall'esposizione debitoria esistente verso

altri Istituti di credito (Cariparo spa, Banca San Giorgio e Valle Agno scarl), presuntivamente note alla Banca opponente, atteso il consueto livello di informazioni condivise da Istituti creditizi, anche attraverso le risultanze della Centrale Rischi, che le Banche debbono tenere aggiornata per specifiche disposizioni operative;

- dalle perdite di bilancio sin dall'esercizio chiuso al 31.12.2000 (doc. n. 7 Fall.), persistenti anche in quello chiuso al 31.12.2002 (doc. n. 11 Fall.), che certo gli amministratori della società non potevano ignorare.

Ciò che comporta, in conclusione, la revoca della sola garanzia ipotecaria ai sensi dell'art. 2901 c.c., con la conferma dell'ammissione del credito in chirografo.

Le spese seguono, per legge, la soccombenza, e vanno ridotte di un quinto, attesa la soccombenza del fallimento in punto anatocismo.

IL CASO.it
 P. Q. M.
 Il Tribunale, in composizione collegiale,
 definitivamente pronunciando;
 ogni contraria ed altra istanza rigettata;

ammette al passivo del Fallimento l'ulteriore credito della Banca opponente, costituito dalla differenza già non ammessa relativa alla quota di interessi anatocistici maturati sul suo credito in chirografo, pari ad € 2.196,94;

rigetta, nel resto, l'opposizione allo stato passivo del Fallimento;

condanna la Banca X. spa al pagamento delle spese processuali in favore del Fallimento Gianni VISONA' srl, che liquida in complessivi € 18.207,87, di cui € 656,00 per spese in senso stretto, € 2.051,87 per spese generali, € 3.660,00

per diritti ed € 11.840,00 per onorari, oltre cpa
(4%) ed iva (20%).

Così deciso in Camera di consiglio il giorno
14.10.2010.

Il Giudice est.

Il Presidente.

II CASO.it